

A. I. N° - 206952.0253/04-1
AUTUADO - PANIFICADORA & MERCEARIA COSTA LTDA.
AUTUANTE - TELMA PIRES CIDADE DE SOUZA
ORIGEM - IFMT – DAT/METRO
INTERNET - 05/10/05

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0345-03/05

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE EMISSÃO. UTILIZAÇÃO DE EQUIPAMENTO EMISSOR DE CUPOM FISCAL (ECF) NÃO AUTORIZADO. É devido o ICMS relativo a valores acumulados na memória fiscal sem comprovação de que foram oferecidos à tributação. Refeito os cálculos para efeito de conceder crédito presumido. Reduzido o valor do débito. Infração não elidida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 22/11/2004, exige ICMS de R\$17.410,76 acrescido de multa de 100% relativo a utilização de documento que não é o legalmente exigido para a operação. Consta, no campo da descrição dos fatos, que a empresa vinha fazendo uso de um "ECF marca Elgin, modelo ECF-IF 500, código de fabricação nº 03048, em área de venda com atendimento ao público, sem a devida autorização do Fisco Estadual e sem os lacres, conforme termo de Apreensão de nº 1178525 (fls. 06 e 09), e do demonstrativo das vendas que consta dos anexos", parte integrante do Auto de Infração. Teve como origem a Denúncia Fiscal de nº 5545/04.

O autuado, na defesa apresentada (fl. 38 a 43), diz que o equipamento acima identificado, de sua propriedade, foi apreendido pela fiscalização em 04/10/04, quando o mesmo estava sendo usado para substituir o equipamento autorizado da mesma marca de nº Fab. 03945, o qual retornou do conserto um dia após a apreensão. Afirma que o equipamento apreendido destinava-se exclusivamente para treinamento de pessoal.

Relata que foi lavrado no momento da apreensão um Termo de Auditoria de Caixa no qual foi apurado vendas do dia de R\$845,72 e que naquela oportunidade, foi intimado a apresentar um equipamento da marca Sweda que já havia dado baixa e o equipamento Elgin que se encontrava no conserto, o que foi atendido em 06/10/04.

Alega que, inexplicavelmente, 49 dias após a ocorrência foi lavrado o presente Auto de Infração em 22/11/04 e estranha não ter sido intimado pessoalmente, mas por via postal e que não recebeu o demonstrativo de vendas e o termo de ocorrência, não sabendo como se chegou a uma base de cálculo aleatória de R\$114.104,48 e o ICMS correspondente.

Diz que no Auto de Infração não consta o nome do Auditor e que o lugar da assinatura encontra-se em branco, o que no seu entendimento contraria o disposto no art. 962 do RICMS/97, bem como não foi observado o disposto no RPAF/BA, quanto à ordem prevista de intimação pessoal; comparecimento e havendo recusa da assinatura por AR, fato que não ocorreu e que conduz a ilegitimidade da autuação.

Alega que o Auto de Infração é nulo, pelo fato de que não apresentou demonstrativo de como foi constituído a base de cálculo (R\$114.104,48) e ICMS reclamado (R\$34.821,52). Diz que tal procedimento impede o exercício do amplo direito de defesa assegurado no art. 4º da CF/88 e art.

148 do CTN que transcreveu à fl. 41 e que a autuação é injustificável por ausência de provas por parte da acusação.

Contesta o enquadramento indicado no art. 209, II do RICMS/97, argumentando que não estava utilizando documento fiscal inidôneo e sim vendendo mercadorias sem nota fiscal conforme previsto no art. 201, I do citado Regulamento, haja vista que, estava utilizando equipamento ECF-IF não autorizado, que se destinava ao uso para treinamento de pessoal. Diz que não houve a intenção de dolo por ter usado o ECF-IF para treinamento de pessoal, o que não foi acatado pelo fisco que apreendeu o referido ECF-IF.

Ressalta que o Auto de Infração não se refere a um período fiscalizado e a base de cálculo de apurada pelo fisco, no momento da apreensão do ECF, na Auditoria de Caixa é de R\$845,75, que deveria ser a base de cálculo da autuação e não a base de cálculo apresentada de forma fictícia de R\$114.104,48, importância esta que jamais uma microempresa poderia vender em um dia, o que pode ser comprovado nas leituras de Redução Z no período de 02 a 05/10/04, que apresenta vendas diárias com valores mínimos de R\$42,66 e valor máximo de R\$1.407,60.

Aduz que o art. 56, I do RICMS prevê que na saída da mercadoria a base de cálculo é o valor da operação, que no caso em questão é de R\$845,72 e o ICMS exigido de R\$143,77 e jamais o pretendido pela fiscalização de R\$17.410,76.

E por fim, requer que o Auto de Infração seja julgado improcedente e caso julgado procedente, que prevaleça a base de cálculo de R\$845,72, como anteriormente explicitado, por ser o único dado concreto que lhe dá sustentação.

A autuante, na sua informação fiscal prestada às fls. 53 a 55, diz que o autuado está cadastrado na SEFAZ como EPP, portanto obrigado a emitir documentos fiscais de saídas para que possa comprovar o seu real faturamento, conforme previsto no art. 408-C do RICMS/97.

Diz que apesar de ser cadastrado como Mercearia na SEFAZ, na realidade é um Supermercado que foi flagrado utilizando ECF não autorizado, portanto de forma irregular, tendo sido constatado na leitura X efetuada no citado equipamento no ato da apreensão foi o valor acumulado de vendas de R\$205.192,83.

Afirma que após a apreensão do equipamento, foi efetuada uma análise de sua origem, tendo apurado que o mesmo pertencia a empresa Remit Hotelaria Ltda e o pedido de Cessão de Uso Fiscal realizada pela credenciada Top Maq Com. Serv. Ltda. em 31/05/04, apurando-se também que os totalizadores e contadores zerados. Diz que em seguida pediu à GEAFI, que efetuasse uma leitura da memória fiscal do equipamento relativa ao período de 05/05/2002 a 03/10/04, o qual serviu de base para elaborar o Demonstrativo de Vendas (fl. 13 e 14), ora anexado ao PAF.

Diz que o autuado na defesa apresentou as seguintes alegações não fundamentadas:

- a) o equipamento se destinava a treinamento de pessoal em substituição de outro equipamento que estava no conserto;
- b) que a intimação foi feita por AR e não pessoal, procedimento normal na IFMT;
- c) de que não recebeu todos os documentos, que é um direito do autuado requerer à INFAZ no momento da assinatura do Auto de Infração de todos os documentos juntados ao PAF;
- d) que não consta assinatura, fato que pode ser comprovado à fl. 02.

Afirma que nenhum fundamento ou prova material foi apresentado, tendo apenas o intuito de "enxertar" sua defesa, procurando cansar o autuante e, principalmente, esta Colenda Câmara que é a quem compete fazer a apreciação do julgamento.

Ressalta que é assegurado ao contribuinte o direito de conhecer a legislação de que está enquadrado e diz que os art. 218, I e 220, I, tudo do RICMS são bem claros, que os transcreveu à fl. 55.

Finaliza requerendo que o Auto de Infração seja julgado procedente.

Esta 3ª JF, converteu o PAF em diligência (fl. 59), para que a Inspetoria Fazendária fornecesse ao autuado, mediante recibo, as cópias dos documentos que o autuado acusou não ter recebido e que fosse reaberto prazo de 30 (trinta) dias para apresentação de nova defesa.

A Inspetoria Fazendária expediu intimação por AR (fls 63 e 64), tendo o autuado formulado petição protocolada em 06/05/05 (fl.66) requisitando o fornecimento de cópia do demonstrativo em que resultou a base de cálculo e o imposto apurado pela autuante (fl. 67).

Conforme recibo passado no verso da fl. 69, a Inspetoria Fazendária, fez entrega ao autuado das cópias de documentos juntados ao processo pela autuante.

O autuado apresentou nova defesa em 24/05/05, repetiu os argumentos da defesa inicial e disse que conforme disposto no art. 148 do CTN, a autoridade lançadora "arbitrará aquele valor ou preço sempre que omissos ou não mereçam fé, as declarações ou os esclarecimentos prestados...", e que no presente caso nenhum esclarecimento foi feito, haja vista que foi notificado do lançamento pelo correio.

Alega que a autuação se baseou-se em "fatos inexistentes, tendo em vista que a base de cálculo de vendas apurada no ECF apreendido é fictícia, pois se refere a valores registrados de treinamento de pessoal e que não há como confrontar os dados do ECF apreendido com os demonstrativos apresentados pelo autuante. Afirmar que dos documentos anexados ao PAF, "só comprovam a leitura X efetuada no dia 04/10/2004".

Quanto à denúncia fiscal, diz que não existe nos autos nenhum cupom fiscal que tenha sido emitido pelo equipamento apreendido, o qual afirma ter sido utilizado apenas para treinamento de pessoal, e que inadvertidamente, no dia 04/10/04, foi utilizado em substituição a outro equipamento que tinha sido encaminhado para conserto, e que estava sendo utilizado para controle do movimento do dia, "para que no final do expediente fosse emitido os cupons fiscais correspondentes nas máquinas" autorizadas.

Aduz que, não teve intenção de dolo, mesmo porque não seria bobo, tentar burlar o fisco usando um equipamento com fita detalhe e memória fiscal. Afirmar que é uma empresa séria, com mais de 30 (trinta) anos de atividade.

No mérito, diz que no dia da apreensão do equipamento, foi lavrado pela fiscalização um Termo de Auditoria de Caixa no qual apurou-se o valor de R\$845,72 em 04/10/04 e que o Auto de Infração não se refere ao período fiscalizado. Afirmar que a base de cálculo de R\$114.104,18 indicada na autuação é fictícia e que não corresponde às vendas daquele equipamento, mesmo porque, os comprovantes de leitura Z do período de 02 a 05/10/04 apresenta vendas com valor mínimo de R\$42,66 e máxima de R\$1.407,60.

Alega que, conforme disposto no art. 56 do RICMS/BA, a base de cálculo é o valor da operação, no caso admite o valor constatado no ato de apreensão do ECF de R\$845,72 e ICMS de R\$143,77.

Afirmar que, mesmo que viesse prevalecer a base de cálculo de R\$114.104,48 pretendida pela ação fiscal, deveria neste caso retificar o ICMS reclamado, concedendo o crédito presumido de R\$8.282,40 relativo 8% sobre a receita omitida, o que resultaria em valor devido de R\$9.128,36.

Por fim, requer que a autuação seja julgada improcedente e caso procedente que prevaleça a base de cálculo de R\$845,72.

A autuante apresentou nova defesa (fls. 80 e 81) e esclarece que o autuado tem como atividade o comércio varejista além de padaria, na condição de EPP. Diz que é reincidente na prática de realizar vendas sem a emissão de documentos fiscais, conforme diversas denúncias fiscais apresentadas nos exercícios de 2003 e 2004 (fl. 80) e que na visita realizada ao estabelecimento autuado no dia 04/10/04, apreendeu o equipamento ECF sendo utilizado na área de vendas, sem o lacre e a autorização de uso da SEFAZ. Encaminhado o equipamento a GEAFI, foram apurados os valores acumulados na memória fiscal, conforme demonstrativo acostado às fls. 13 e 14, discriminando as diversas alíquotas utilizadas, o que resultou no ICMS exigido de R\$17.410,76.

Diz que é absurda a alegação do autuado, de que o equipamento apreendido substituíra outro enviado para conserto, tendo em vista que possui autorização de uso de três equipamentos e mesmo que um fosse retirado para conserto, podia utilizar os outros dois autorizados.

Afirma que não procede a alegação de que não assinou o Auto de Infração, o que pode ser constatado à vista do documento juntado à fl. 02 deste PAF.

Finaliza, requerendo que a autuação seja julgada procedente, por ausência de provas em contrário.

A Inspetoria Fazendária, intimou o autuado (fl. 86) para tomar conhecimento de novos documentos juntados ao PAF às fls. 82 a 84, pelo autuante e concedeu prazo de dez dias para manifestar-se.

O autuado apresentou nova manifestação às fls. 89 a 92 e disse que as denúncias fiscais juntadas ao processo não favorecem a acusação, por que são anônimas e que ocorrem sempre por intriga dos concorrentes, sendo que:

- 1) a primeira denúncia informava que utilizava máquina de calcular no lugar do ECF, mas nada foi comprovado e que o resultado positivo apurado de R\$105,00 correspondia a notas deixada na caixa pelo sócio para troco;
- 2) a segunda denúncia, de que estava recebendo mercadorias subfaturadas não foi comprovada, tendo resultado em multa formal de R\$690,00 por constatar saldo de caixa pouco expressivo;
- 3) a terceira denúncia, resultou na autuação em questão.

Alegou que a autuante fez exposições indevidas a respeito da empresa e que recebeu o Auto de Infração via postal, sem que tivesse se negado a assiná-lo, não tendo inicialmente sido acompanhado do demonstrativo de débito, assim como a folha com a assinatura da autuante que foi lhe entregue posteriormente. Diz que deve ser considerada a sua boa fé e sua função social e que não cabe a autuante pré julgá-lo culpado.

Por fim, requer a improcedência da autuação e se procedente, que prevaleça a base de cálculo de R\$845,72.

VOTO

O autuado suscitou a nulidade do Auto de Infração alegando que não consta a assinatura da autuante e por ausência de demonstrativos de como foi apurada a base de cálculo. Constato que a assinatura da autuante encontra-se na fl. 02 e que a base de cálculo foi apurada por meio do demonstrativo das fls. 13 e 14. Em relação à falta de entrega de todos os documentos que embasaram à autuação, considero que diligência saneadora resolveu satisfatoriamente essas lacunas, sendo reaberto o prazo de defesa, o que afasta a nulidade pretendida.

No mérito, o Auto de Infração exige imposto relativo a utilização de documento não legalmente exigido para a operação, referente a valores acumulados na memória fiscal de equipamento ECF apreendido sem lacre e sem autorização de uso.

O autuado alegou que o equipamento apreendido destinava-se a treinamento de pessoal e no momento da apreensão substituíria outro equipamento que estava defeituoso. Tal alegação não pode ser acatada, em primeiro lugar porque não foi trazido ao processo nenhuma prova destas alegações e em segundo lugar, o equipamento só poderia substituir o outro depois de devidamente autorizado, o que não foi feito no presente caso.

Em relação ao questionamento formulado pelo autuado de que o enquadramento indicado no art. 209, II do RICMS/97, não se coaduna com os fatos, na informação fiscal, a autuante reconheceu o equívoco cometido e indicou como infringidos os artigos 218, I e 220, I, tudo do RICMS/BA. Esta JJF determinou que fosse intimado o autuado para tomar conhecimento da correção do enquadramento indicada pela autuante. Dessa forma, considero saneada esta divergência, mesmo porque, o autuado entendeu perfeitamente do que estava sendo acusado que admitiu na defesa que não estava utilizando documento fiscal inidôneo e "sim vendendo mercadorias sem nota fiscal".

Quanto à base de cálculo apontada na autuação de R\$114.104,48, o autuado alegou ser a mesma fictícia e só reconhece o valor de R\$845,72 que foi apurado na leitura X, feita no momento da apreensão do equipamento.

Da análise dos documentos constante dos autos, verifico que após a apreensão do equipamento (fl. 09), o mesmo foi encaminhado a GEAFI que procedeu à leitura da memória fiscal (MF), conforme fita impressa contida no envelope juntado à fl.12. Por sua vez, a autuante desconsiderou os valores acumulados na MF até 31/05/04, data em que foi cessado o uso do equipamento pela empresa Remit Hotelaria Ltda (fl. 11). Portanto, a autuante elaborou o demonstrativo de débito juntado às fls. 13 e 14, considerando o valores acumulados na MF no período de 07/08/04 a 03/10/04.

Pelo acima exposto, não pode ser acatada a alegação defensiva de que a base de cálculo foi constituída de forma aleatória. Sabe-se que o equipamento ECF acumula numa memória de trabalho os valores nele registrados e ao proceder uma leitura Z, são apagado da memória de trabalho os valores parcialmente acumulados e armazenados na memória fiscal. Portanto, tendo o equipamento sido apreendido registrando vendas, sem que tivesse sido autorizado, os valores acumulados na MF, fazem prova de que tais valores referem-se a vendas acumuladas e não oferecida à tributação, salvo se comprovado. Com base nestas evidências, considero correta a base de cálculo apontada na autuação.

Quanto à alegação do impugnante de que ao ser considerada a base de cálculo de R\$114.104,48, deve ser concedido o crédito fiscal presumido de 8%, verifico que foi exigido ICMS relativo a operações de comercialização realizadas sem documentação fiscal. Conforme disposto no art. 15, V da Lei nº 7.357/98, perderá o direito à adoção do tratamento tributário previsto no Regime Simplificado de Apuração do ICMS a empresa que incorrer na prática de infrações de natureza grave, elencadas em regulamento e que esta irregularidade é considerada de natureza grave (art. 408, L, V do RICMS/BA) e prevista no art. 915, IV do RICMS/BA. Portanto acato a alegação defensiva em relação ao direito ao crédito presumido, no entanto ao considerar o crédito presumido, deve se aplicada a alíquota preponderante de 17%, conforme demonstrativo abaixo:

Discriminação	Base de Cálculo	Aliq %	ICMS
Base de Cálculo	114.104,48	17,00	19.397,76

Crédito Presumido	114.104,48	8,00	9.128,36
Valor devido			10.269,40

No que se refere à alegação de que não ocorreram vendas totais de R\$114.104,48 na data da apreensão do equipamento ECF, constato que o demonstrativo juntado pela autuante às fls. 13 e 14 demonstram que a leitura da MF indicou vendas nos meses de agosto, setembro e outubro, logo, as vendas se referem àquele período, e não unicamente na data da ação fiscal. Ao indicar a data do fato gerador o dia 04/10/04, o contribuinte foi beneficiado com a redução de prazo para efeito de cálculo de juros e acréscimos legais.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor devido de R\$10.269,40.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE**, o Auto de Infração n.º **206952.0253/04-1**, lavrado contra **PANIFICADORA & MERCEARIA COSTA LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$10.269,40**, acrescido da multa de **100%** prevista no art. 42, IV, “a”, da Lei n.º 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de setembro de 2005.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

MARIA DO SOCORRO FOSECA DE AGUIAR - JULGADORA